COLLECTIVITES LOCALES :

QUEL MODE DE GESTION POUR VOS SERVICES PUBLICS LOCAUX ?

Le Mans

16 septembre 2014

FIDAL

Crowe Horwath™

Cifralex

Membre indépendant de Crowe Horwath International

I/ Généralités

I/ La notion juridique de service public local

- Absence de définition légale ou réglementaire
- Définition doctrinale la plus courante : *« le service public est une activité poursuivie par une personne publique en vue de la satisfaction de l'intérêt général »*
- Critère « organique » de la notion de SP :

  - les activités gérées par les personnes publiques sont présumées être des activités de SP…..

  -……. alors que les activités gérées par les personnes privées ne peuvent être qualifiées de SP que si les conditions fixées par la jurisprudence sont réunies.

I/ Généralités

- *La « satisfaction d'un intérêt général »* (critère n° 1)
  - Critère subjectif et difficile à cerner
  - Critère nécessaire mais insuffisant :

- les personnes privées peuvent poursuivre des activités d'intérêt général sans pour autant être considérés comme investies d'une mission de SP
- toute activité d'intérêt général poursuivie par une personne publique ne constitue pas nécessairement une activité de SP.

  Ex : octroi d'une subvention à une association, organisation d'un tournoi de sport, …

I/ Généralités

- <u>Existence d'une autorité organisatrice</u> (critère n° 2)
  - La reconnaissance du SP nécessite que l'activité d'intérêt général soit créée et organisée en tant que telle par une personne publique

- <u>Mise en œuvre d'un régime exorbitant du droit commun ou de prérogatives de puissance publique</u> (critère supplétif)
  - peut permettre de qualifier le SP en cas de doute (SPIC géré par une personne privée)

II/ Création des services publics locaux

A/ Les services publics locaux prévus par la Loi

- Certains sont codifiés au CGCT : archives, bibliothèques, musées, service d'incendie et de secours, télécommunications, opérations funéraires, assainissement, ordures ménagères, abattoirs, distribution d'eau, de gaz, d'électricité.

- D'autres ne sont pas codifiés : transports publics de voyageurs, ports de plaisance, aéroports, collèges, lycées, écoles, action sociale, logement social, organisation d'activités sportives, chauffage urbain.

II/ Création des services publics locaux

B/ Les services publics locaux rendus obligatoires par la Loi

- Services publics communaux obligatoires :

  - service de désinfection, d'hygiène et de santé
  - gestion et entretien des cimetières
  - gestion et entretien des voies communales
  - élimination des déchets ménagers et assimilés
  - assainissement des eaux usées
  - gestion des actions publiques
  - gestion des écoles
  - instruction et délivrance des permis de construire si la commune dispose d'un PLU

II/ Création des services publics locaux

- Services publics départementaux obligatoires :

  - construction et entretien de la voirie départementale
  - construction et entretien des collèges
  - transports scolaires
  - action sociale, santé et insertion relevant de la compétence des départements
  - bibliothèques et archives départementales
  - lutte contre l'incendie

II/ Création des services publics locaux

- Services publics locaux régionaux obligatoires :

  - coordination des actions de développement économique
  - création et fonctionnement des lycées et des établissements d'éducation spécialisée
  - formation professionnelle et apprentissage
  - inventaire général du patrimoine culturel.

II/ Création des services publics locaux

C/ Services publics locaux créés par les collectivités locales

1 - Clause générale de compétence

- *« Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence »* **(art. L.1111-2 CGCT)**

- En dehors des SP prévus par la Loi, les collectivités peuvent créer et gérer des SP locaux à la condition que l'activité :

  - présente un intérêt public local
  - **et** relève de leur compétence

II/ Création des services publics locaux

- « *intérêt public local* » = intérêt collectif des habitants

  ⇨ ⚠ certains SP peuvent ne s'adresser qu'à certaines catégories de la population tout en répondant à un besoin général (maison de retraite, école de musique,…)

  ⇨ ⚠ de même, l'intérêt public local peut être justifié même si l'activité ne s'adresse pas prioritairement à la population locale (ex: camping) ou si l'activité n'est pas réalisée sur le territoire de la collectivité (ex : colonies de vacances).

- modalité de création des SP locaux : compétence des assemblées délibérantes.

II/ Création des services publics locaux

2 - <u>Limites à la création des SP locaux</u> : <u>principe de la liberté du commerce et de l'industrie</u>

- <u>le principe</u> : interdiction de créer des SP dans les secteurs d'activités marchands, c'est-à-dire des activités commerciales qui relèvent de l'initiative privée

- <u>l'exception</u> : sauf si « *en raison de circonstances particulières de temps et de lien, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* » (Conseil d'Etat, 30 mai 1930, chambre syndicale du commerce de détail de Nevers)

II/ Création des services publics locaux

- interprétations extensives des notions « *d'intérêt public* et de « *carences de l'initiative privée* » par la jurisprudence :

  - exploitation d'une plage
  - création d'un théâtre municipal
  - création d'un casino municipal
  - création d'un camping
  - création d'un cabinet dentaire
  - création d'un café / hôtel / restaurant

III/ Régime juridique des services publics locaux

A/ La distinction service public administratif / service public industriel et commercial

-1- Critères de distinction

1) Présomption d'administrativité du SP local. Les compétences relevant de l'exercice même de la puissance publique sont en principe exercées par des SPA : santé, culture, éducation, état civil, police, hygiène, sécurité, environnement, …

2) Les SP qui sont exclusivement ou principalement financés par l'impôt (et non par des redevances perçues sur les usagers) relèvent des SPA.

3) La loi peut qualifier un SP. Ont été légalement qualifiés de SPIC les services suivants : transports publics, assainissement, pompes funèbres, distribution d'eau et d'électricité, …

III/ Régime juridique des services publics locaux

4) A défaut de définition légale, les SP ne peuvent être des SPIC que si deux conditions sont remplies :

a) L'objet du service doit être constitué par une activité de production et d'échange de biens ou services susceptible d'être exercée par une entreprise privée

b) Son mode d'organisation, de fonctionnement et de financement doit être similaire à celui d'une entreprise privée comparable.

↳ le juge administratif recherche si l'intention de l'autorité organisatrice est d'exploiter l'activité dans des conditions proches de celles d'une entreprise privée ;

↳ faisceau d'indices.

III/ Régime juridique des services publics locaux

- <u>Critère du mode de financement du SP</u>

  - les SPIC doivent être principalement financés par les recettes tirées de l'exploitation du service

  - les SPA sont exclusivement ou essentiellement financés par les ressources fiscales de la collectivité

<u>ex</u> : un théâtre dont les recettes de la vente des places aux usagers ne couvre les dépenses de fonctionnement qu'à hauteur de 10 % = SPA

III/ Régime juridique des services publics locaux

- Une même activité de SP peut être qualifiée de SPIC ou de SPA selon son mode de financement.

Ex : le service d'enlèvement des ordures ménagères est vu comme:

- un SPA s'il est financé sur le budget de la collectivité ou par la taxe d'enlèvement des ordures ménagères;
- un SPIC lorsqu'il est financé par la redevance d'enlèvement des ordures ménagères.

III/ Régime juridique des services publics locaux

- <u>Modalités d'organisation et de fonctionnement</u>

- sont considérées comme industrielles et commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par les entreprises privées.

- critères retenus :
  - utilisation des usages du commerce dans les relations avec les usagers
  - mode de gestion du service
  - soumission du personnel à un régime de droit privé.

III/ Régime juridique des services publics locaux

-2- Intérêts de la distinction SPA / SPIC

1) Principe de l'équilibre financier des SPIC (L. 2224-1 CGCT)

- le principe : les SPIC exploités en régie, affermés ou concédés doivent être équilibrés en recettes et en dépenses.
- les exceptions (article L. 2224-2 CGCT):
  - **1°) « *lorsque les exigences du service conduisent à imposer des règles particulières de fonctionnement* » : il existe des contraintes exorbitantes du droit commun (ex : ouverture d'un parking à de faibles heures d'affluence, ouverture d'un équipement sportif aux seuls scolaires, …)**

III/ Régime juridique des services publics locaux

- **2°) « *lorsque le fonctionnement du service exige des investissements qui en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs* » (ex : port de plaisance, parc de stationnement, station d'épuration).**

- **3°) Lorsque après une période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget communal aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs.**

III/ Régime juridique des services publics locaux

L'interdiction de prise en charge par le budget communal des dépenses d'un SPIC ne s'applique pas aux services suivants :

- services de distribution dans les communes de – de 3000 H et les EPCI dont aucune commune membre n'a plus de 3000 H

- SPANC pour les 5 premières années du service (sans condition quant à la population)

- services de gestion des déchets ménagers pour les 4 premières années à compter de l'institution de la REOM (sans condition quant à la population).

III/ Régime juridique des services publics locaux

2) Statut du personnel

- personnels affectés aux SPA = agents publics
- personnels affectés aux SPIC = soumission au droit privé du travail, à l'exception du Directeur et du Comptable

3) Relations avec les usagers

- compétence du juge judiciaire pour les litiges opposant les usagers aux SPIC

IV/ Principes fondamentaux applicables aux services publics locaux

1) <u>principe d'égalité des usagers</u>

- principe ayant valeur constitutionnelle
- principe applicable à tous les SPIC et tous les SPA, quels que soient leur mode de gestion
- sont seules admises les discriminations qui répondent à la situation différente des usagers vis-à-vis du service **ou** qui sont fondées sur des considérations d'intérêt général.

  Certaines discriminations sont autorisées par la Loi.

  Ex : la Loi SRU (13/12/2000) permet aux autorités organisatrices de transport urbain de fixer des tarifs sociaux pour certaines catégories d'usagers.

IV/ Principes fondamentaux applicables aux services publics locaux

- les différences tarifaires (en fonction du lieu de résidence notamment) sont admises pour les SPA (restauration scolaire, crèche, centre de loisirs, transport scolaire, école de musique, stationnement payant sur voirie) mais rarement pour les SPIC (eau potable, piscine,…)

2) <u>principe de neutralité du SP</u>

3) <u>principe de continuité du SP</u>

4) <u>principe de mutabilité du SP</u>

- principe jurisprudentiel permettant à l'administration d'adapter le service aux évolutions, et en conséquence de modifier unilatéralement ses modalités de fonctionnement.

IV/ Principes fondamentaux applicables aux services publics locaux

5) Principe du libre choix du mode de gestion

principe → sauf lorsque la Loi impose un mode de gestion particulier (ex : SDIS et établissements publics sociaux et médico-sociaux), les collectivités choisissent librement le mode de gestion de leurs SP.

limites → limites tenant à la nature du service

↳ sauf quelques rares exceptions (SP hospitalier, concessions d'autoroutes), tous les SPIC peuvent être délégués à une personne morale de droit privé.

↳ MAIS tous les SPA ne peuvent être délégués : état civil, élections, pouvoirs de police, de sécurité et d'hygiène.

IV/ Principes fondamentaux applicables aux services publics locaux

- Limites tenant à la nature de l'organisme gestionnaire

  - les collectivités ne peuvent <u>créer des établissements publics</u> pour la gestion de leurs SP que dans le cadre des catégories préexistantes créées par la Loi :

    - CCAS ou CIAS
    - centres sociaux et médico-sociaux
    - caisses des écoles
    - EPCC
    - SDIS
    - EPCI (CC, CA, Syndicat mixte, …)

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

I/ La gestion directe par la collectivité

A/ Les différents modes de gestion directe

① régie simple (ou directe)

définition : la collectivité assume la direction du SP et le fait fonctionner avec ses propres moyens

→ la régie directe est un service de la collectivité sans aucune autonomie financière et juridique. La collectivité prend en charge directement les dépenses d'investissement et de fonctionnement du service et en perçoit les recettes.

→ s'il s'agit de gérer un SPIC, il ne peut plus être créé désormais de régie simple ⇒ il faut créer une régie autonome ou personnalisée.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

→ s'il s'agit d'un SPIC, la collectivité doit cependant créer un budget annexe (sauf pour les services d'eau potable et d'assainissement des communes de – 500 Habitants)

→ l'assemblée délibérante:

- fixe les règles d'organisation de la régie
- crée les emplois nécessaires
- fixe le montant des redevances

→ l'exécutif territorial assure la direction du service.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

② Régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière (régie personnalisée)

→ elle constitue un établissement public local

→ elle est créée par délibération de l'organe délibérant, qui fixe également son organisation administrative et financière, ses statuts et sa dotation initiale

→ elle est administrée par un Conseil d'Administration (dont son Président) et un Directeur.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

a) Le Conseil d'Administration

→ les membres du CA sont désignés par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement, sur proposition de l'exécutif.

→ les statuts fixent le nombre de membres (3 minimum), les catégories de personnes parmi lesquelles sont choisis les administrateurs n'appartenant pas au conseil municipal, la durée des fonctions.

→ le CA élit en son sein un Président et un ou plusieurs vice-présidents (doivent être membres du Conseil municipal s'il s'agit d'un SPA)

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

→ le CA se réunit au moins tous les 3 mois. Les séances ne sont pas publiques.

→ le CA délibère sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie, fixe les redevances dues par les usages, décide des acquisitions, aliénations, prises en location.

→ délégation peut être donnée au Directeur (SPIC) ou au Président (SPA) pour prendre toute décision pour la passation des marchés à procédure adaptée.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

b) L'exécutif

→ le représentant légal de la régie est soit :

→ Le Directeur (SPIC)

→ Le Président du Conseil d'Administration (SPA)

→ fonctions :

- ordonnateur des dépenses
- passe tous contrats et marchés en exécution des délibérations du CA
- recrute et licencie le personnel

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

c) Régime budgétaire et comptable

→ la délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement fixe la dotation initiale de la régie

→ le budget annexe des régies chargées de l'exploitation d'un SPIC doit être obligatoirement équilibré en recettes et en dépenses.

→ le budget comprend une section d'exploitation et une section d'investissement, l'équilibre financier étant apprécié séparément pour les 2 sections.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

③ <u>Régie dotée de la seule autonomie financière</u> (régie autonome)

→ la régie autonome ne dispose pas de la personnalité morale.

→ création par l'assemblée délibérante, qui fixe également l'organisation administrative, les statuts et le montant de la dotation initiale.

→ le mode d'administration est complexe du fait de l'intervention de 4 organes :

- le conseil municipal
- le Maire
- le Conseil d'exploitation (et son Président)
- le Directeur

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

a) Le conseil d'exploitation = organe délibérant de la régie

→ un même conseil d'exploitation peut être chargé de l'exploitation de plusieurs régies.

→ dans les communes ou EPCI de – 3.500 habitants, le conseil d'exploitation peut être le conseil municipal (ou le conseil communautaire)

→ les membres du conseil d'exploitation sont désignés par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement, sur proposition de l'exécutif.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

→ Les statuts fixent la composition du conseil d'exploitation :

- le nombre de membres (3 minimum)
- les catégories de personnes parmi lesquelles sont choisies les membres n'appartenant pas au conseil municipal
- la durée des fonctions et le mode de renouvellement.

→ les représentants de la collectivité de rattachement doivent être majoritaires.

→ le Conseil d'exploitation élit en son sein un Président et un ou plusieurs vice-Présidents.

→ réunion au moins tous les 3 mois. Séances non publiques.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

→ Rôle du conseil d'exploitation : rôle résiduel dans la mesure où il ne délibère que sur les catégories d'affaires pour lesquelles l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement ne s'est pas réservée le pouvoir de décision, ou pour lesquelles le pouvoir n'a pas été attribué à une autre autorité par la CGCT

→ Dans les régies autonomes exploitant un SPIC, le rôle de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement est renforcé. Elle doit, après avis du conseil d'exploitation :

- voter le budget et délibérer sur les comptes
- autoriser le maire à intenter les actions judiciaires
- régler les conditions de recrutement et de licenciement,
- fixer les tarifs,
- ….

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

b) <u>L'exécutif</u> = exécutif de la collectivité de rattachement

→ le Maire (ou Président de l'EPCI) est l'ordonnateur et le représentant légal de la régie

→ il prend les mesures nécessaires à l'exécution des décisions de l'assemblée délibérante : souscrit les marchés, passe les baux, intente les actions en justice.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

c) Le Directeur

→ le directeur est désigné par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement puis nommé par l'exécutif, qui peut également mettre fin à ses fonctions

→ le Directeur peut être chargé de l'exploitation de plusieurs régies

→ dans les communes de – 3.500 habitants, les fonctions de directeur d'une régie chargée de l'exploitation d'un SPIC peuvent être exercées par un agent titulaire de la commune.

→ Le Directeur :

- prépare le budget
- procède aux ventes et achats courants sous l'autorité de l'exécutif.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

d) Régime budgétaire, comptable et financier

→ la délibération de l'assemblée de la collectivité de rattachement fixe la dotation initiale de la régie.

→ pour les régies chargées de l'exploitation d'un SPIC, la délibération qui institue la régie détermine les conditions du remboursement des sommes mises à disposition (30 ans maximum)

→ le montant des rémunérations du personnel mis à disposition de la régie est remboursé à la collectivité de rattachement

→ la régie autonome bénéficie d'un budget propre annexé à celui de la collectivité de rattachement.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

→ le budget est préparé par le directeur

→ puis soumis pour avis au conseil d'exploitation

→ puis présenté par l'exécutif de la collectivité de rattachement

→ puis voté par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement

→ le principe d'équilibre financier des régies gérant un SPIC ne fait pas obstacle à ce que l'excédent du budget puisse être reversé ou budget général dès lors qu'il n'est pas nécessaire au financement de dépenses à court terme.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

B/ La gestion déléguée

→ la gestion déléguée opère une différenciation entre le pouvoir d'organisation, qui est conservé par la collectivité, et le pouvoir de gestion, qui est délégué.

1) Délégation de service public par le biais d'une convention de délégation de service public (DSP)

❑ Définition (article L. 1411-1 CGCT)

« *La DSP est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un SP dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* ».

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

- **Objet du contrat**

a) Gestion d'un service public

ex : constitue une convention de DSP la convention ayant pour objet, sous le contrôle de la commune de confier la gestion d'un immeuble à des fins d'animation culturelle et d'accueil d'activités artistiques et artisanales

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

b) ***Mode de rémunération du délégataire***

La rémunération du cocontractant doit être assurée *« substantiellement »* par les résultats d'exploitation, et non pas par un prix versé par la collectivité.

Selon la jurisprudence majoritaire, les recettes autres que celles correspondant au prix payé par la collectivité doivent atteindre 30 % (CE, 7 juin 1999, Syndicat Mixte Traitement ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais)

Plus globalement, le délégataire doit assumer un risque d'exploitation.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

2) Principales conventions de délégation de service public

❑ La concession

→ Le concessionnaire doit prendre en charge la réalisation des investissements nécessaires au service, qu'il s'agisse des frais de premier établissement ou des investissements à réaliser en cours d'exécution du contrat

→ Le concessionnaire doit assurer l'entretien des installations et équipements et les remettre, au terme du contrat, en bon état de fonctionnement

→ Les investissements réalisés par le concessionnaire et nécessaires ou service font normalement retour à la collectivité en fin de concession.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

- **<u>L'affermage</u>**

→ les investissements sont réalisés par la collectivité

→ en contrepartie de la mise à disposition des biens, le fermier verse en principe une redevance à la collectivité.

→ un affermage peut devenir une concession si sont passés des avenants mettant à la charge du fermier des travaux importants (renouvellement, extension)

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

- **La régie intéressée**

→ c'est un contrat par lequel la collectivité confie l'exploitation d'un service public à une personne qui en assume la gestion pour le compte de la collectivité moyennant une rémunération calculée sur le chiffre d'affaires réalisé, et fréquemment complété par une prime de productivité.

↳ la collectivité demeure chargée de la direction et de l'exploitation du service ; le régisseur n'agit que pour le compte de la collectivité.

↳ la collectivité verse une rémunération forfaitaire au régisseur, à laquelle s'ajoute un intéressement aux résultats.

↳ les opérations sont retracées dans les comptes de la collectivité.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

- **<u>Le bail emphytéotique administratif (BEA) assorti d'une convention non détachable</u>**

→ La loi a posé plusieurs conditions pour rendre légal le recours au BEA :

- le bailleur doit être une personne publique

- le bail doit être conclu dans le but de confier une mission de SP ou de réaliser une opération d'intérêt général entrant dans les compétences de la collectivité.

→ conclu pour une longue durée (de 18 à 99 ans) ce bail est utilisé pour favoriser le financement privé d'ouvrages publics (usine d'incinération, station d'épuration, parcs de stationnement, …).

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

→ l'emphytéote verse un loyer à la collectivité et se rémunère ensuite par l'exploitation de l'ouvrage.

→ en lui-même, le BEA est une modalité d'occupation du domaine public, et non un marché ou une DSP.

→ mais si le bail s'accompagne d'une convention non détachable qui a pour objet de confier l'exécution du SP, l'ensemble contractuel devient une DSP.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

☐ La procédure de publicité et de mise en concurrence des DSP (art L. 1411-1 et s. du CGCT)

① Consultation du comité technique paritaire (CTP)

② Avis de la commission consultative des services publics locaux (communes > 10,000 H et EPCI > 50,000 H)

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

③ La délibération sur le principe de la délégation de service public, au vu d'un rapport établi par l'exécutif

④ La publicité

L'avis doit être publié :

- dans un journal habilité à publier des annonces légales
- et dans une autre revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

⑤ L'établissement des candidatures par la commission DSP

La loi s'appuie donc sur deux critères de sélection des candidats :

- leurs garanties professionnelles et financières (déclarations obligatoires en matière d'impôts et de sécurité sociale, d'emploi des travailleurs handicapés, copie des bilans et comptes de résultat des trois derniers exercices clos,….)

Les garanties professionnelles ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'objet du contrat afin de ne pas fermer l'accès de la délégation par des exigences trop pointues.

- l'aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public (solidité financière, personnel, savoir-faire, références)

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

⑥ L'envoi des documents de la consultation (art. L. 1411-1 CGCT)

⑦ L'analyse des offres par la commission DSP

⑧ La négociation

⑨ Finalisation du projet de contrat avec l'attributaire pressenti

⑩ Le choix du délégataire et la décision de l'assemblée délibérante

⑪ Formalités postérieures à la décision de l'assemblée délibérante

V/ Les modes de gestion des services publics locaux

3) <u>Externalisation par la passation d'un marché public de services</u>

→ ligne de partage DSP / MP de services : le risque d'exploitation supporté par le gestionnaire.

→ possibilité d'utiliser la « procédure adaptée » (art 28 CMP) si marché < 207.000 € HT sur durée du contrat.

VI/ La gestion associative des services publics locaux

- La ligne de partage entre subvention, achat de services et délégation de service public

A/ <u>Définition de la subvention</u>

- 1 – caractère discrétionnaire de l'attribution de la subvention

- 2 – l'initiative du projet aidé

  ↳ l'impulsion du projet, sa conception et sa définition doivent être l'œuvre de l'association demanderesse de la subvention

- 3 – l'absence de contrepartie directe attendue par la collectivité

  ↳ seule est admise une contrepartie indirecte, telle la réalisation d'une politique publique ou d'une mission d'intérêt général.

VI/ La gestion associative des services publics locaux

B/ Définition du marché public de services

→ Le marché public a pour objet la satisfaction de besoins propres et directs de la collectivité

- non seulement des besoins liés à son fonctionnement propre (ex : achats de prestations d'assurances pour les locaux commerciaux)

- mais également des besoins liés à ses activités d'intérêt général qui la conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés de transports scolaires).

- marché à titre onéreux payé directement par la personne publique : rémunération directe ou exonération de charges (abandon de recettes de la part de la collectivité). Le co-contractant de l'administration ne perçoit pas de recettes directement des usagers du service ; il n'assume aucun risque financier.

VI/ La gestion associative des services publics locaux

→ exemple de requalification d'une subvention en achat de services soumis au Code des marchés publics :

La région de la Réunion avait confié à la société Formateurs de Bourbon la réalisation de prestations de formation pour la mise en œuvre de son plan régional de formation professionnelle des jeunes. Aux termes des conventions signées, les aides financières de la région prenaient en compte l'intégralité des frais exposés par la société pour organiser ces formations et la rémunération des stagiaires.

VI/ La gestion associative des services publics locaux

Le Conseil d'Etat juge que la contribution financière versée par la région en application des conventions était la contrepartie du service rendu par la société pour l'exécution de ces contrats et en déduisant que les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur avait été donnée, devaient être regardées non comme une subvention mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le code des marchés publics, quelle que soit la régularité de la procédure suivie en l'espèce.

(CE 26 mars 2008, Région de la Réunion, n°284412).

VI/ La gestion associative des services publics locaux

→ respect obligatoire des dispositions du Code des marchés publics par la collectivité

↳ publicité et mise en concurrence obligatoires dès lors que le marché > 15 000 € HT

→ les associations peuvent déposer une offre auprès de la collectivité

VI/ La gestion associative des services publics locaux

→ écueils à éviter :

- délit de favoritisme
- prise illégale d'intérêts
- atteinte au droit de la concurrence si l'association opère sur un marché concurrentiel et qu'elle n'est pas soumise aux impôts commerciaux.

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Permettre aux Collectivités d'organiser la gestion d'une activité relevant de sa compétence : transports, déchets, logements, aménagement, salles de spectacle, tourisme… à travers une entreprise dont elle est à la fois cliente et actionnaire qui privilégie l'intérêt public et les ressources locales

Les Sociétés d'Economie Mixte (SEM)	**Les Sociétés Publiques Locales (SPL)**	**Les Sociétés d'Economie Mixte à Opération Unique (SEMOP)**

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Les Sociétés d'Economie Mixte (SEM)	Les Sociétés Publiques Locales (SPL)	Les Sociétés d'Economie Mixte à Opération Unique (SEMOP)

- → l'intérêt général comme finalité
- → l'esprit d'entreprise comme mode d'action
- → la pérennité de l'action comme horizon
- → la transparence comme modalité de fonctionnement
- → le territoire comme champ d'intervention
- → le contrôle des élus comme garantie

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Atouts des EPL vs gestion privée

→ L'ancrage au territoire

- Les collectivités majoritaires inscrivent la stratégie de l'Epl dans la stratégie locale
- Un actionnariat pérenne et identifiable

→ Un contrôle permanent des élus

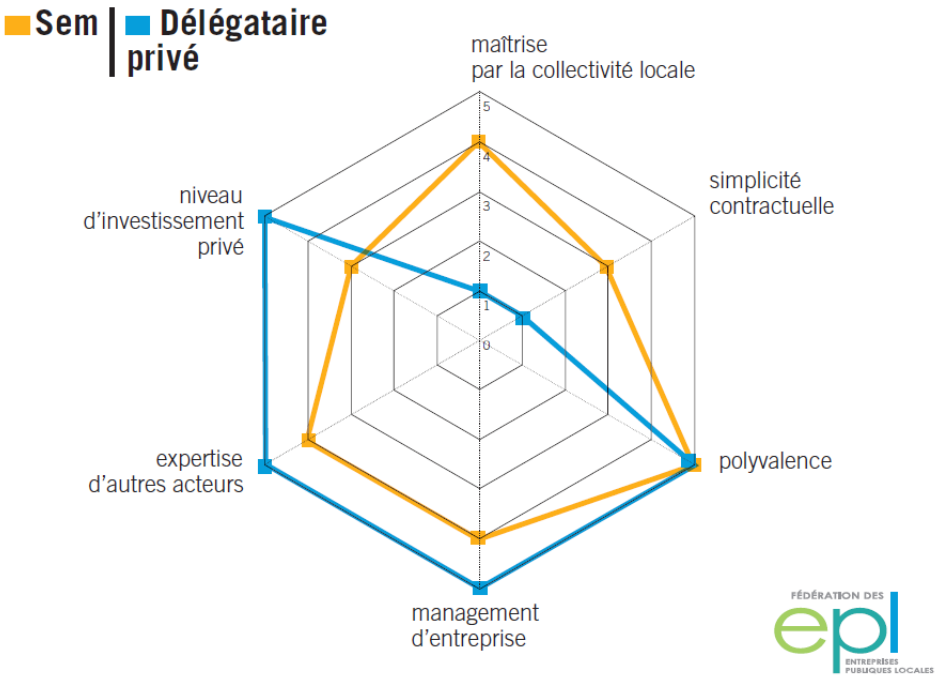
- Une valeur ajoutée réinvestie dans un territoire – pas de présence des élus dans les organes de Direction des entreprises privées délégataires ; le contrôle par la Collectivité locale repose essentiellement sur l'examen du rapport annuel du délégataire

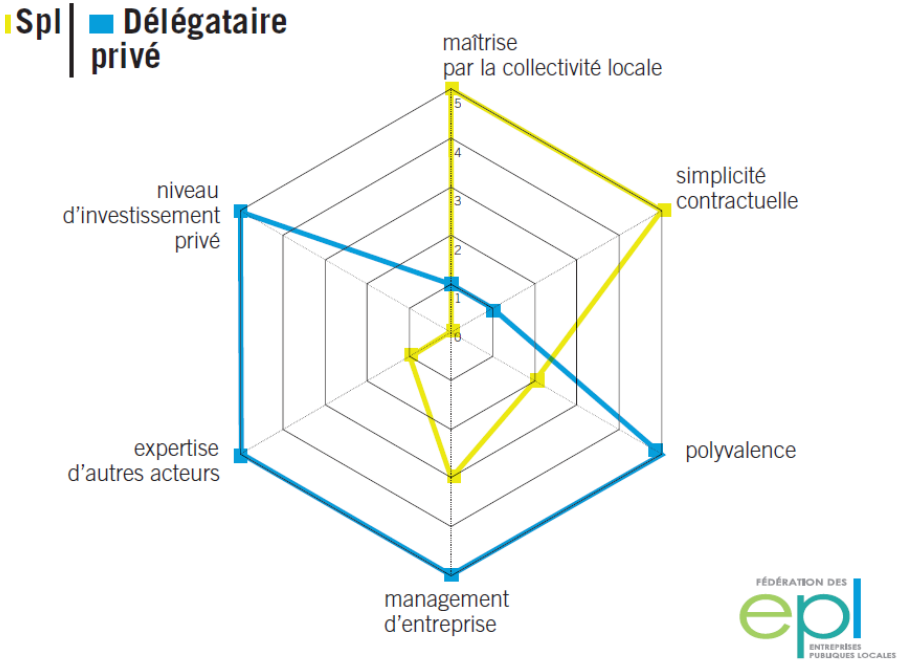
→ Une grande transparence, des contrôles étendus

- Obligations légales : rapport du délégataire, compte rendu annuel à la collectivité, ...
- Contrôles internes et externes : commissaire aux comptes, chambre régionale des comptes, …

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Atouts des EPL vs gestion privée





VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Atouts des EPL vs gestion privée

→ Logique d'entreprise

- Réactivité et performance liées au management
- Ajustement rapide entre les objectifs et les moyens grâce à la souplesse de gestion

→ Partenariat (Sem)

- Compétences et contrôle des partenaires privés

→ Intervention pour de le compte de tiers (Sem)

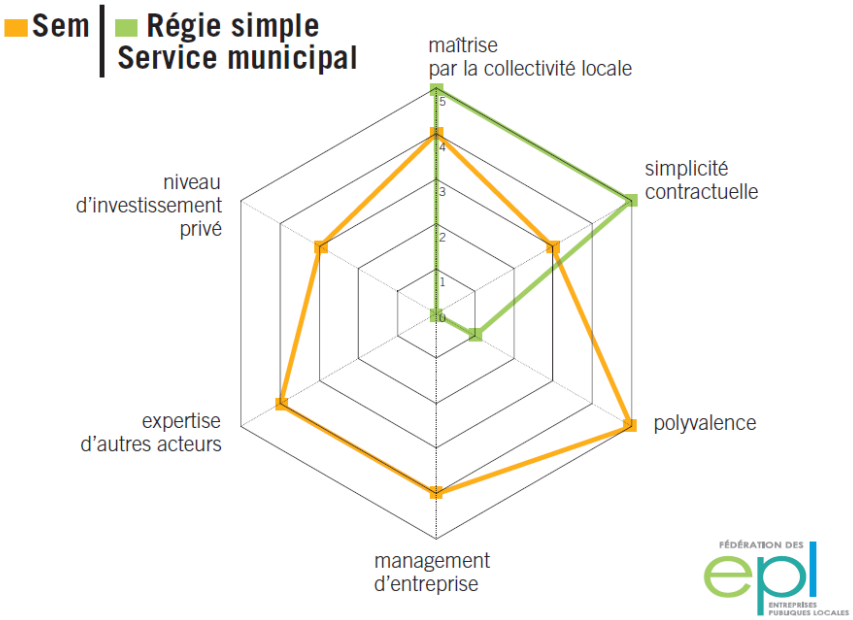
- La Sem peut intervenir pour des tiers et développer ses activités en dehors du territoire des collectivités actionnaires (avec l'accord du CA)

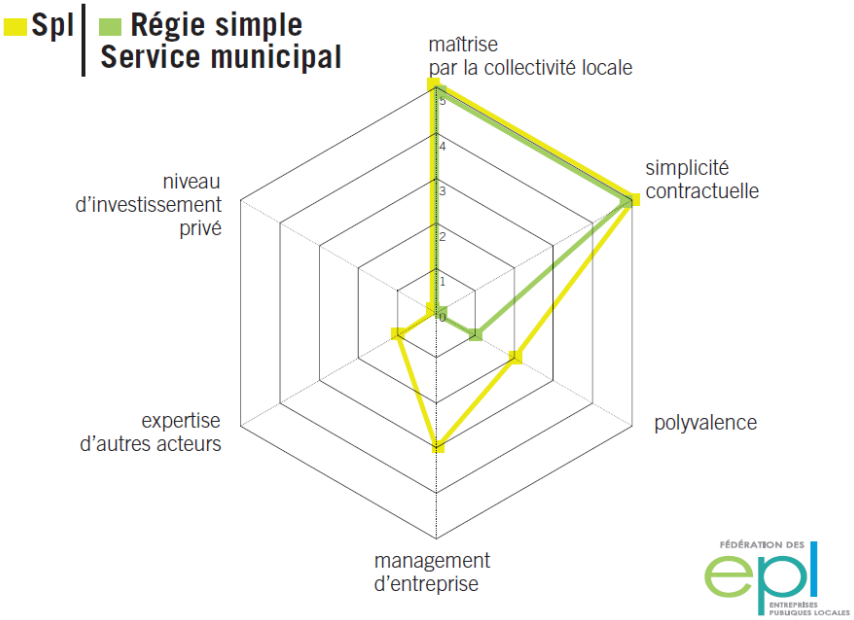
→ Développement d'activité (Sem)

- La Sem peut développer son activité dans de nombreux champs complémentaires à son activité principale, directement ou via des filiales/prises de participation

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Atouts des EPL vs gestion publique





VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Atouts des EPL vs associations

→ **Protection des élus siégeant au conseil d'administration des Epl**

→ **Lisibilité des comptes**

→ **Contrôles étendus et formels**

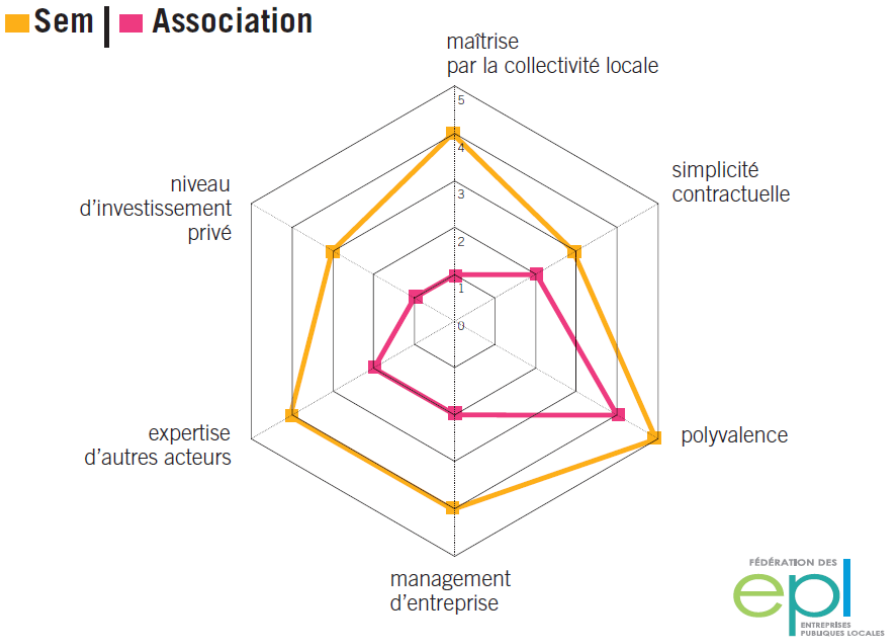
même si l'association est investie d'une mission de service public et bénéficie de financements publics, la collectivité ne peut faire acte d'ingérence

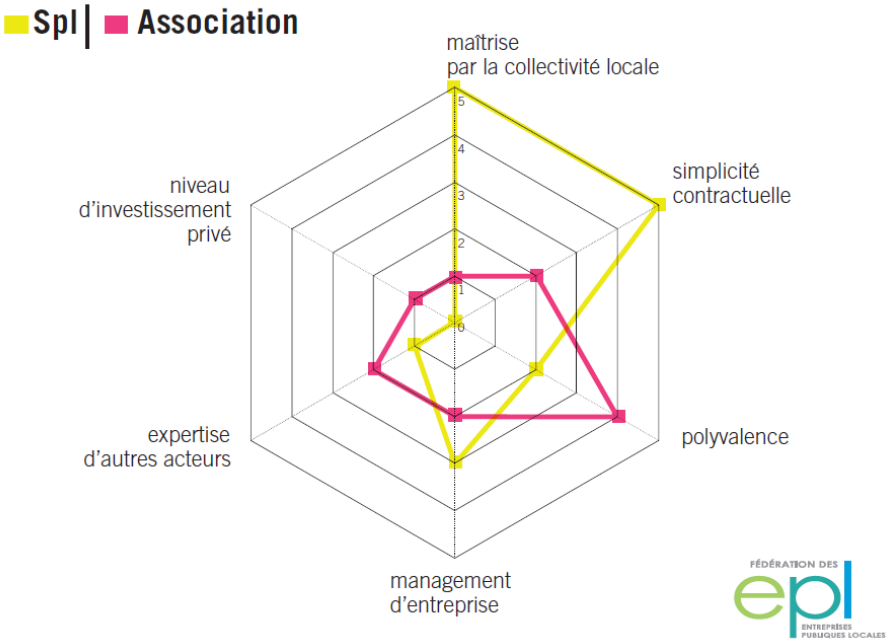
→ **Pouvoir décisionnel aux élus locaux**

→ **Gestion d'entreprise**

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Atouts des EPL vs associations





VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

La Société d'Economie Mixte

	Régime juridique	Actionnariat	Fonctionnement
Les Sociétés d'Economie Mixte (SEM)	Sociétés Anonymes créées par les collectivités locales ou leurs groupements	- Au moins sept actionnaires, dont un est une personne privée - Les collectivités locales doivent être majoritaires et détenir entre 50 et 85% du capital - Le capital doit être au minimum de : + 37 500 € pour les Sem de gestion + 150 000 € pour les Sem d'aménagement + 225 000 € pour les Sem immobilières - Les collectivités locales sont à la fois actionnaires et clientes	- Réalisent des opérations d'aménagement et de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ainsi que toute autre activité d'intérêt général - Peuvent intervenir pour d'autres clients que leurs actionnaires ainsi que pour leur propre compte, voire prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Représentation des collectivités territoriales dans les organes sociaux des SEM

Au moins 1 représentant au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance) par collectivité actionnaire (sauf si participation très réduite -> « assemblée spéciale »
Nombre de sièges : en fonction du % de détention du capital
Répartition des sièges prévue dans les statuts : de 3 à 18

Il s'agit **obligatoirement d'un élu** (donc pas un DGS ou un ex-élu ou un « spécialiste »)

Responsabilité des élus :
- **La responsabilité civile** qui résulte du mandat confié à ces représentants incombe à la collectivité territoriale (art L. 1524-5 al. 4 et art. L. 2253-5 code des collectivités territoriales)
Les élus "dirigeants" d'une SEM sont ainsi de simples mandataires de leur collectivité territoriale et encourent ainsi une responsabilité à ce titre. Ils sont réputés n'être pas administrateurs et dirigeants de la SEM en leur nom propre.
- **La responsabilité pénale** ne peut incomber qu'à la personne physique, auteur de l'infraction commise. Les élus, de par cette seule qualité, engagent également leur responsabilité et encourent les sanctions attachées à cette fonction.

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

La responsabilité des élus dans une SEM

➔ **Protection spécifique des élus :**

- La responsabilité civile incombe à la collectivité et non à l'élu mandataire sauf :
  - infraction aux lois et règlements
  - Violation de statuts
  - Fautes de gestion

- Les élus ne sont pas considérés comme des entrepreneurs de services municipaux (pas de risque d'inéligibilité)

- Protection contre la prise illégale d'intérêts

En revanche, responsabilité pénale entière

Contrat d'assurance responsabilité civile : couvre les dommages et intérêts, les frais liés à la défense pénale et civile

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

La gouvernance dans une SEM

Le conseil d'administration (CA) fixe la stratégie et contrôle sa mise en œuvre

Le président est nommé par les instances dirigeantes où les élus et actionnaires privés participent

Il organise et dirige le CA, veille au bon fonctionnement des organes sociaux, s'assure que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

La gouvernance dans une SEM

Le Directeur général est nommé par les instances dirigeantes où les élus et actionnaires privés participent

Le directeur général est le chef de l'entreprise, assume les fonctions exécutives de la société, est investi des plus larges pouvoirs

Le directeur général délégué a une mission d'assistance auprès du directeur général, il dispose à l'égard des tiers des mêmes pouvoirs que le DG

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Relations financières entre la Sem et la collectivité locale

Concours financiers à la structure

→ opérations sur capital
→ avances d'associés

Concours financiers au missions

→ subventions et avance pour le logement, le développement économique
→ participations financières aux opérations publiques d'aménagement
→ prise en charge des coûts liés aux missions de service public

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Autres précisions sur les SEM

Concurrence : **une SEM ne peut se voir déléguer une mission par une collectivité locale qu'à l'issue d'une procédure d'appel d'offres, même lorsque la collectivité délégante détient la majorité de son capital**

Intercommunalité : **les structure intercommunales sont considérées comme des Collectivités locales et peuvent donc être actionnaires de SEM**

Territorialité : **aucune limite géographique (sauf SEM funéraires et d'énergie)**

Contrôle par les collectivités locales : **présence d'élus dans toutes les instances dirigeantes, le rapport annuel du délégataire de service public et celui des élus mandataires**

Comptabilité : **privée avec impôt sur les sociétés**

Personnel : **de droit privé avec recours possibles aux personnels de droit public dans le cadre de détachements ou mises à disposition**

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Les Sociétés Publiques Locales

	Régime juridique	Actionnariat	Fonctionnement
Les Sociétés Publiques Locales (SPL) ***et Sociétés Publiques Locales d'Aménagement (SPLA)*** *depuis le 28 mai 2010*	Sociétés Anonymes créées par les collectivités locales ou leurs groupements	Capital exclusivement public détenu par au moins 2 collectivités locales (ou leurs groupements) - dans la SPLA, à la différence de la SPL, l'une des collectivités actionnaires doit détenir la majorité du capital de l'entreprise	- Les SPL réalisent des opérations d'aménagement et de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ainsi que toute autre activité d'intérêt général - les SPLA gèrent des opérations d'aménagement, des opérations de construction et de réhabilitation immobilière et des missions connexes diverses - Ne peuvent travailler que pour leurs actionnaires publics et sur leurs seuls territoires - N'ont pas à être mises en concurrence par leurs actionnaires publics - Doivent mettre en concurrence leurs prestataires

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Précisions sur les SPL

Concurrence : **contrairement aux SEM, pas de mise en concurrence (relation in house)**

Protection des élus : **idem SEM**

Territorialité : **contrairement aux SEM, interventions limitées aux territoires des collectivités territoriales actionnaires**

Relations contractuelles avec les tiers : **idem SEM, mise en concurrence**

Comptabilité : **privée avec impôt sur les sociétés**

Personnel : **de droit privé avec recours possibles aux personnels de droit public dans le cadre de détachements ou mises à disposition**

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

La SEMOP

	Régime juridique	Actionnariat	Fonctionnement
Les Sociétés d'Economie Mixte à Opération Unique (SEMOP) *depuis le 18 juin 2014*	Sociétés anonymes	- Constituée a minima de deux actionnaires, dont une collectivité et un opérateur économique - Seuil minimal de capitalisation : 37 000 € pour les SemOp de services ; 150 000 € pour les SemOp d'aménagement ; 225 000 € pour les SemOp de construction - La collectivité détient au moins 34 % du capital et des droits de vote et 85 % au plus. Les autres actionnaires dont l'actionnaire opérateur, détiennent entre 15 % et 66 % du capital	- Les SemOp sont mono-contrat. Elles ne peuvent exercer leurs activités que dans le cadre exclusif de l'unique contrat passé avec leurs actionnaires publics - - Limitées à la fois dans le temps et dans leurs contenus (dissoutes de plein droit au terme du contrat, à la réalisation ou à l'expiration de leur objet) - Opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement - Gestion d'un service public, pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales - Ne peuvent pas créer de filiales, ni prendre des participations dans d'autres sociétés, commerciales ou non - Le personnel est a priori de droit privé. Toutefois, des fonctionnaires peuvent être détachés ou mis à disposition au sein de la SemOp

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

La Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPAM)

Une nouvelle donne territoriale

Publiée au Journal Officiel le 28 janvier 2014

Création des métropoles du Grand Paris, de Lyon et d'Aix-Marseille et institue la transformation automatique en métropole de neuf EPCI de 400 000 habitants contenus dans une aire urbaine de 650 000 habitants : Bordeaux, Grenoble, Lille, Nantes, Nice, Rennes, Rouen, Strasbourg et Toulouse

Ces regroupements auront des impacts sur les EPL existantes : par exemple, en Ile de France, 19 agglos (avec leurs EPL propres) vont disparaître et transmettre leurs pouvoirs à la métropole → impacts d'actionnariat et de volumes

Les EPL son adaptées pour accompagner les aménagements que souhaitent les élus

VII/ La gestion externalisée via les Entreprises Publiques Locales

Impacts de la DSP sur les statuts des agents

La délégation de service public ne s'accompagne d'aucune obligation de transférer le personnel mais l'intégration des agents publics affectés au service délégué au sein des entreprises délégataires est possible.

Le détachement de l'agent est un mode fréquemment retenu qui permet à l'agent d'être reclassé et à la société privée de bénéficier de l'expertise de l'agent – nécessite l'accord de toutes les parties – une convention est nécessaire

Autres formes de mobilité du public vers le privé :

- **la mise à disposition (proche du détachement, le fonctionnaire est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante mais effectue son service hors de son administration)**
- **La disponibilité : cessation d'activité de l'agent**

Des dispositions particulières sont prévues pour les agents non titulaires

CONTACTS

Christophe FORCINAL
Avocat
Département Droit Public
FIDAL Le Mans

Tél : 02 43 20 55 55
Fax : 02 43 20 69 69
E-mail : christophe.forcinal@fidal.fr

Sébastien FRANCHI
Directeur Général Délégué
CIFRALEX Nantes

Tél : 02 40 69 81 00
Fax : .02 40 69 06 65
E-mail : nantes@cifralex.fr

FIDAL

Crowe Horwath™
Cifralex
Membre indépendant de Crowe Horwath International